

Darlehensveräußerungen durch Banken

**Ein Beitrag zum Schuldner-, Daten-
und Funktionsschutz**

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Urs Benedikt Lendermann
aus Münster (Deutschland)

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Andreas Heinemann

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	33
A. Darlehensveräußerungen	33
B. Die Chronologie der Krisen ab dem Jahr 2007	35
C. Gang der Untersuchung	39
D. Ziel der Untersuchung	41

2. Kapitel

Der Sekundärmarkt für Darlehen	42
A. Grundlagen	42
B. Der Markt	45
I. Historische Entwicklung	45
II. Ausfallrisiko der Darlehen	46
III. Marktteilnehmer	47
C. Motive und Interessenlage	50
I. Die veräußernden Banken	51
II. Die Erwerber	56
III. Die Darlehensnehmer	59
IV. Gesamtwirtschaftliche Aspekte	61
D. Transaktionsstrukturen und rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	63
I. Abtretung der Darlehensforderung (True Sale – Asset Deal)	64
II. Vertragsübernahme	65
III. Abspaltung oder Ausgliederung der Darlehensverträge und Anteilsveräußerung (Share Deal)	67
1. Rechtliche Grundlagen	67
2. Transaktionsgestaltung	69
3. Anwendungsbereiche	69
4. Scheinbare Vorteile der partiellen Gesamtrechtsnachfolge	71

3. Kapitel

Die Reform des Darlehensrechts zum erweiterten Schutz von Kreditnehmern 2008	72
A. Zweckmäßigkeit der nationalen Initiative	72
B. Einschränkung formularmäßiger Übernahmen von Darlehensverträgen	74
I. Anwendung auf Vertragsübernahmen	74
II. Anwendung auf Forderungsabtretungen und Universalsukzessionen	75
C. Transparenzregeln	75
I. Hinweis auf die Abtretbarkeit und Übertragbarkeit bei Immobiliardarlehensverträgen	75
1. Überblick	75
2. Gesetzeszweck	76
3. Zweckmäßigkeitsanalyse	77
4. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Immobiliardarlehen	78
II. Anzeigepflicht bei Forderungsabtretung und Wechsel der Person des Darlehensgebers	78
1. Überblick	78
2. Gesetzeszweck	79
3. Kritik und Vorschlag eines alternativen Informationskonzepts	79
III. Verpflichtung des Darlehensgebers zu einem Folgeangebot oder einem Hinweis auf die Nichtverlängerung des Vertrages	81
1. Überblick	81
2. Gesetzeszweck und Kritik	82
3. Verpflichteter	83
4. Auswirkungen	84
IV. Europarechtliche und konzeptionelle Bewertung	85
D. Verbesselter Kündigungsschutz bei Immobiliardarlehen	86
I. Aufhebung der Privilegierung für Immobiliardarlehen	87
II. Angleichung an die Kündigungsvoraussetzungen für Verbraucherkredite	88
III. Auswirkung auf die Kündigung nach § 490 Abs. 1 BGB	89
IV. Weitergehender Schutz vor Zinserhöhungen und Nachbesicherungen?	90
E. Änderungen im Kreditsicherungs- und Zwangsvollstreckungsrecht	90
I. Praxis der Grundschuldbesicherung	91
II. Einreden aus dem Sicherungsvertrag gegenüber dem Erwerber einer Sicherungsgrundschuld	95
1. Einredensystem der Grundschuld	96
2. Geltung bei Erwerb noch nicht vollständig verwirklichter Einreden	100
3. Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs	101

4. Bewertung	104
a) Dogmatische Bedenken	104
b) Praktisches Erfordernis	106
c) Verbleibende Schutzlücke hinsichtlich des abstrakten Schuldaner- kenntnisses	107
d) Ausweichstrategie durch Renaissance der Verkehrshypothek?	108
5. Zusammenfassung	110
III. Kündigung als zwingende Voraussetzung für die Fälligkeit von Grund- schulden zur Sicherung einer Geldforderung	110
1. Überblick	110
2. Besondere Kündigungsvoraussetzungen	112
a) Fehlende Regelung auf dinglicher Ebene	112
b) Auslegung des Sicherungsvertrags	113
aa) Kündigungsgleichlauf und Fälligkeitsdifferenz nach dem Siche- rungsvertrag	113
bb) Reduzierung auf eine Warnfunktion	114
c) Stellungnahme	115
3. Auswirkungen auf die Verwertbarkeit der Grundschild	116
a) Fehlen besonderer Vollstreckungsbedingungen und Aufnahme eines Nachweisverzichts	117
b) Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel unter Nachweis der Fälligkeit	118
c) Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung mit Nachweisverzicht .	121
aa) Prinzipielle Bedenken	121
bb) AGB-rechtliche Klauselkontrolle	122
cc) Verbot der Beweislaständerung	123
dd) Unangemessene Benachteiligung wegen Verlagerung der Lei- stungsgefahr	124
ee) Unangemessene Benachteiligung wegen Vollstreckungsmög- lichkeit vor Fälligkeit	125
d) Zusammenfassung	127
4. Unberücksichtigte Ansprüche	128
a) Zinsen und Nebenleistungen	128
b) Abstraktes Schuldanerkenntnis	130
c) Vollstreckbare Ausfertigung wegen der Zinsen und Nebenleistungen aus der Grundschild und dem abstrakten Schuldanerkenntnis	131
IV. Schadensersatzanspruch bei unzulässiger Vollstreckung aus Urkunden durch andere Gläubiger	131
1. Überblick	131
2. Bedürfnis für die Haftungsregelung	132
3. Verschuldensunabhängige Voraussetzungen	134
4. Fortbestehende Schutzlücken	136

V. Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung	136
F. Nicht abtretbare Unternehmenskredite	137

4. Kapitel

Die Maßnahmen zur Finanzmarktstabilisierung im Jahre 2008	140
A. Interventionen des Staates als Lender of last Resort	140
I. Geschichtlicher Hintergrund	140
II. Lehrbuchartiges Vorgehen der Staatengemeinschaft in der Finanzkrise der Jahre 2007 bis 2009	142
III. Zwischenfazit	143
B. Das Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes	144
I. Die Gesetzesgenese	144
II. Überblick über das staatliche Instrumentarium	145
III. Folgen für den Staat und die Allgemeinheit	146
IV. Besondere Regelung der Risikoübernahme	147

5. Kapitel

Darlehensveräußerungen und die Geheimhaltungspflichten des Kreditgewerbes	150
A. Rechtsgrundlagen und Ausgestaltung der Geheimhaltungspflichten	150
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Geheimhaltung	150
II. Bankgeheimnis	153
1. Funktion und Zweck	153
2. Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage	154
3. Gewohnheitsrechtliche Schutzpflicht	155
4. Quasivertragliche gesetzliche Schutzpflicht aus gesteigertem Vertrauen	157
5. Vertragliche Nebenpflicht	158
6. Inhalt des Bankgeheimnisses	163
7. Bankgeheimnis in der Insolvenz der Bank	165
III. Amtsgeheimnis	167
1. Allgemeines	167
2. Schutzrichtung	169
a) Individualschutz	169
b) Gemeinschaftsschutz	171
c) Schutzkombination	172

3. Schutzzinhalt	173
a) Geheimhaltungsverpflichtete und -berechtigte	173
b) Geheimhaltungsgegenstand	174
c) Privatgeheimnisse und Darlehensveräußerungen	174
4. Staatliche Leistungsverwaltung im Kreditwesen	176
a) Öffentliche Verwaltung und ihre Rechtfertigung	176
b) Rückzug des Staates durch Privatisierung	179
c) Arten, Organisation und Eigentümerstruktur öffentlicher Banken ...	184
5. Anwendung auf Mitglieder der Organe und Dienstkräfte öffentlicher Banken	187
a) Behörde oder sonstige Stelle	189
aa) Definition und Abgrenzung der Begriffe	189
bb) Kreditinstitute in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts	191
(1) Grundsätze	191
(2) Öffentlicher Auftrag im Kreditwesen	192
(3) Privatbeteiligung insbesondere über Holding-Modelle	194
(4) Zwischenergebnis	196
cc) Öffentliche Kreditinstitute in Privatrechtsform	197
dd) Gesetzesergänzung und einschränkende Auslegung des BGH ..	197
ee) Eigentum der öffentlichen Hand und Finanzierung aus öffentlichen Mitteln	199
(1) Staatliche Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten ...	200
(2) Staatliche Monopolstellung	201
(3) Öffentliche Zwecksetzung im Gesellschaftsvertrag	201
(4) Bewertung	202
b) Beststellungsakt	205
c) Konkrete Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung	205
aa) Ansicht 1: Öffentliche Banken nehmen stets Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr	206
bb) Ansicht 2: Funktionsbereiche sind auf Organebene untrennbar verbunden	207
cc) Ansicht 3: Funktionsbezogene Unterscheidung; erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit ist keine öffentliche Verwaltung	208
dd) Stellungnahme	210
d) Ergebnis	212
6. Anwendung auf Mitglieder der Organe und Angestellte von Privatbanken	213
a) Beleihung Privater	213
aa) Beleihung im Sparkassensektor	213

bb) Beleihung bei Inanspruchnahme von Stützungsmaßnahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes	214
cc) Mitarbeiter Beliehener als Amtsträger	215
dd) Bezug der Amtsträgerschaft auf die Datenoffenbarung im Zuge von Darlehensveräußerungen	216
b) Analoge Anwendung auf Mitarbeiter von Privatbanken für den Normalfall	217
aa) Reichweite des speziellen und allgemeinen Analogieverbots ...	218
bb) Keine planwidrige Regelungslücke	220
cc) Keine vergleichbare Interessenlage	220
7. Verfassungskonforme Reduktion des Tatbestands von § 203 StGB für öffentliche Banken	222
a) Die herrschende Ansicht in Rspr. und Lit.	222
b) Anwendbarkeit des Willkürverbots	224
c) Vergleichbarkeit der Bankengruppen und Ungleichbehandlung	226
aa) Geschäftstätigkeit und Wettbewerbsteilnahme	226
bb) Refinanzierungssituation nach Wegfall von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast	227
cc) Datensensibilität und Offenbarungszwang	228
d) Sachliche Differenzierungskriterien	229
aa) Strafzwecke als Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	229
bb) Staatliche Bindungen	229
cc) Erfüllung öffentlicher Aufgaben	230
dd) Erwartungshaltung und Vertrauen der Kunden im Lichte des Bezeichnungsschutzes für Sparkassen	231
e) Bewertung	233
aa) Überdehnung des Willkürverbots	233
bb) Kein Erfordernis zu einer Angleichung der Rechtsfolgen aus Wettbewerbsgründen	235
cc) Kein Zwang zur Reduktion des § 203 StGB aufgrund der europarechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit und der Gleichbehandlung innerstaatlicher Sachverhalte	237
dd) Auswirkungen auf den Wettbewerb im Kreditsektor	237
ee) Formale Grenzen aufgrund der innerstaatlichen Kompetenzverteilung	238
f) Ergebnis	239
IV. Datenschutz	240
1. Allgemeines	240
2. Schutzzweck	242
3. Schutzzinhalt	243
a) Adressatenkreis	243
b) Differenzierung in öffentliche und nicht öffentliche Stellen	244

c) Personenbezogene Daten und Dateibezug bei nicht öffentlichen Stellen	246
d) Erhebung, Verarbeitung und Nutzung im Zusammenhang mit Darlehensveräußerungen	247
4. Verhältnis des BDSG zum Bankgeheimnis	248
a) Einordnung des Bankgeheimnisses in die Konkurrenzregelung des § 1 Abs. 3 S. 1 und 2 BDSG	248
b) Regelungsgehalt des § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG	249
aa) Vorrang des BDSG	250
bb) Subsidiarität des BDSG	250
cc) Parallelgeltung von BDSG und Bankgeheimnis	252
dd) Stellungnahme	253
5. Verhältnis des BDSG zu § 203 Abs. 2 StGB	256
B. Eingriff in die Geheimhaltungspflichten bei einer Darlehensveräußerung ..	257
I. Rechtlicher Zusammenhang zwischen Abtretung und Informationsweitergabe	258
1. Geheimhaltung im Widerstreit mit dem zivilrechtlichen Bestimmtheitsgebot	258
2. Geheimhaltung im Widerstreit mit der Auskunftspflicht aus § 402 BGB	260
3. Geheimhaltung im Widerstreit mit der Unwirksamkeit dinglicher Verfügungsverbote gemäß § 137 S. 1 BGB	261
II. Wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Abtretung und Informationsweitergabe	264
1. Trennung von Forderungsinhaber und Servicer	264
2. Wahrscheinlichkeit einer Datenweitergabe	265
III. Verletzung der Geheimhaltungspflichten in Sonderfällen	267
1. Äquivalente Geheimhaltungspflicht des Erwerbers ohne Auswirkung ..	267
2. Rechtskräftige Feststellung der abzutretenden Forderung ohne Auswirkung	271
IV. Zwischenergebnis	273
C. Rechtfertigt die Abtretung von Darlehensforderungen eine Beschneidung der Geheimhaltungspflichten?	274
I. Grenzen des Bankgeheimnisses nach den AGB-Banken	275
1. Gesetzliche Bestimmung, Nr. 2 Abs. 1 S. 2 Var. 1 AGB-Banken	276
a) Informationspflicht aus § 402 BGB	277
b) Abtretung als Auslagerung gemäß § 25a Abs. 2 KWG	279
c) Ausnahmeregelung in § 16 Abs. 2 FMStBG	282
d) Gerichtsöffentlichkeit im Klageverfahren und Offenbarungen an Zwangsvollstreckungsorgane	283
2. Bankauskunft, Nr. 2 Abs. 1 S. 2 Var. 3 AGB-Banken	285

3. Einwilligung, Nr. 2 Abs. 1 S. 2 Var. 2 AGB-Banken	285
a) Grundlagen	285
b) Ausdrückliche Einwilligung	287
c) Konkludente Einwilligung	288
d) Mutmaßliche Einwilligung und objektives Interesse des Kunden ...	290
4. Selbstbeschränkung der Bank auf die Rechtfertigungsgründe der Nr. 2 Abs. 1 S. 2 AGB-Banken	292
5. Zwischenergebnis	294
6. Modifizierungsvorschlag für die AGB-Banken	294
II. Grenzen des Bankgeheimnisses nach den AGB-Sparkassen	295
1. Bankgeheimnis als vertragliche Pflicht nach Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Sparkassen	295
2. Keine Selbstbeschränkung der Sparkasse hinsichtlich etwaiger Rechtfertigungsgründe	296
3. Zwischenergebnis	297
III. Grenzen des Bankgeheimnisses außerhalb der AGB-Banken und AGB-Sparkassen	298
1. Möglichkeit weiter gehender Relativierungen oder Rechtfertigungen ..	298
2. Wahrnehmung berechtigter Interessen und überwiegendes Eigeninteresse des Kreditinstituts	300
3. Schikaneverbot und fehlendes berechtigtes Eigeninteresse, §§ 226, 242 BGB	303
4. Störung der Geschäftsgrundlage des Bankgeheimnisses nach § 313 BGB	305
5. Verhältnis zwischen dem Geheimhaltungsinteresse und finanziellem Aufwand gemäß § 275 Abs. 2 BGB (Faktische Unmöglichkeit)	306
6. Rechtsmissbrauch wegen Unverhältnismäßigkeit und eigenen vertragswidrigen Verhaltens nach § 242 BGB	308
a) Verbleibender Anwendungsbereich für eine Schuldausschließung nach § 242 BGB	310
b) Bankbetrieblicher Normalfall	311
c) Notleidende Bank	312
aa) Auskunftspflichten in Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzverfahren des Darlehensgebers	312
(1) Rechtsprechung zu Berufsgeheimnisträgern	313
(2) Grundrechtliche Abwägung des Bundesverfassungsgerichts	314
(3) Übertragung auf Kreditinstitute	314
(4) Rechtstechnische Begründung	315
bb) Übertragung der Grundsätze auf das Insolvenzverfahren des Darlehensgebers	316

cc) Übertragung der Grundsätze auf eine Krise des Darlehensgebers	318
(1) Stellenwert der Existenzsicherung von Banken	319
(2) Erforderlichkeit einer Datenweitergabe bei existenzsichernden Darlehensveräußerung	319
(3) Keine Sanierungsverantwortlichkeit der Darlehensnehmer ..	319
dd) Verlust der Fähigkeit des Zedenten zum Servicing nach anfänglich anonymisierter Abtretung	322
d) Notleidender Darlehenserwerber nach anonymisierter Veräußerung ..	323
e) Notleidende Kredite	324
aa) Herrschende Ansicht: Berufung auf das Bankgeheimnis als Rechtsmissbrauch	324
bb) Gerichtsöffentlichkeit im Klageverfahren und Datenweitergaben an Vollstreckungsorgane im Zuge von Zwangsvollstreckungen ..	325
cc) Übertragung der Grundsätze auf eine Abtretung zu Verwertungszwecken	329
(1) Geeignetheit und Erforderlichkeit im Hinblick auf eine alternative Eigenverwertung der Darlehen	329
(2) Betroffene Rechtsgüter	331
(3) Abwägung der betroffenen Rechtsgüter	332
(4) Einfluss einer eigenen Vertragsverletzung des Darlehensnehmers	334
(5) Einfluss einer vergleichbaren Schweigepflicht des Erwerbers und einer rechtskräftigen Anspruchsfeststellung	338
dd) Zwischenergebnis	339
7. Immanente Grenzen des Bankgeheimnisses	340
8. Analogie zu gesetzlichen Offenbarungsbefugnissen für Berufsgeheimnisträger	341
a) Ausgewählte gesetzliche Regelungen	342
aa) § 49b Abs. 4 S. 1 BRAO und § 64 Abs. 2 S. 1 StBerG	342
bb) § 17 Abs. 3 S. 2 KHEntgG	343
cc) § 16 Abs. 2 FMStBG	344
b) Übertragbarkeit und Verallgemeinerung	344
aa) Planwidrige Regelungslücke	344
bb) Vergleichbarkeit der Interessenlage und Ergebnis einer Rechtsfolgenabwägung	345
cc) Verfassungsrechtliche Schranken einer Analogie	346
9. Zusammenfassung	348
IV. Grenzen des Amtsgeheimnisses	350
V. Grenzen des Datenschutzes	351
1. Zweckbestimmung des Darlehens	351

a) Keine Erfassung der Datenübermittlung durch bisherige Zweckvereinbarungen	352
b) Keine andere Beurteilung bei ausdrücklicher Vereinbarung der Veräußerbarkeit	353
2. Wahrung berechtigter Interessen der Bank oder des Darlehensserwerbers	354
a) Datenoffenbarung zur Verwirklichung der Interessen der veräußernden Bank	354
b) Einfluss der Interessen des Darlehensserwerbers	356
D. Geheimhaltungspflichten in Abspaltung und Ausgliederung	357
I. Verletzung des Datenschutzes	358
1. UmwG als Spezialnorm oder Erlaubnisnorm	358
2. Übermittlung der Daten an einen Dritten	359
3. Besondere Rechtfertigung der Datenverarbeitung durch Umwandlungen	363
a) Zweckbestimmung	363
b) Interessenabwägung	364
c) Fehlendes Umwandlungsprivileg bei Darlehenstransaktionen	366
II. Verletzung des Bankgeheimnisses	367
1. Meinungsstand	367
2. Kein Übergang, sondern Vervielfältigung des Bankgeheimnisses in der Umwandlung	368
3. Konsequenzen	370
III. Verletzung des Amtsgeheimnisses	371
E. Ökonomische Erwägungen	372
I. Vertrauen im Kreditgewerbe	372
II. Prinzipal-Agent-Beziehung im Kreditgeschäft	373
III. Wohlfahrtseinbußen infolge einer Verletzung des Bankgeheimnisses	375
IV. Folgerungen	376

6. Kapitel

Abtretungsverbote und Übertragungsverbote 379

A. Historische Entwicklung der Sonderrechtsnachfolge in Forderungen und ihre Einschränkung	379
I. Historischer Exkurs zur Etablierung der Forderungsabtretung	379
1. Das klassische und nachklassische römische Recht	379
2. Der Weg in die Neuzeit	380
3. Das Bürgerliche Gesetzbuch	381
II. Ausgewählte Verbote und Begrenzungen der Sonderrechtsnachfolge in Forderungen	384

1. Das Verbot der Forderungsübertragung auf einen potentiior	384
2. Die Beschränkung der Höhe einer abgetretenen Forderung auf ihren Kaufpreis – Lex Anastasiana	385
3. Veräußerungsverbote für Pfandleiher	387
4. Beschränkung der Abtretung von Pachtkrediten auf Kreditinstitute	388
III. Zusammenfassung	389
B. Abtretungsverbote aufgrund kreditaufsichtsrechtlicher Schutzvorschriften	389
I. Anwendungsbereich des Kreditwesengesetzes	390
1. Abgestufte Regulierung des KWG	390
2. Erwerb von Darlehensforderungen als Kreditgeschäft	391
3. Keine Ausnahme für den Erwerb nicht fälliger Darlehensforderungen ..	392
4. Konditionenanpassungen und Moratorien hinsichtlich erlaubnisfrei erworbenener Darlehensforderungen	393
5. Ergebnis	393
II. Zweck der Kreditaufsicht und der Regulierung des Kreditwesens	394
1. Stabilität des Finanzsystems und Schonung der Staatsfinanzen	394
2. Individualschutz der Gläubiger, Anteilseigner und Schuldner	396
a) Keine Geltung der gesetzlichen Schutzzweckbegrenzung für Institutspflichten	396
b) Schutzzweck der materiellen Anforderungen an Kreditinstitute	397
c) Rechtsprechung zum Schutzbereich von § 34 Abs. 3 GewO	398
d) Rechtsgedanke des § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 PachtKrG	400
e) Argument aus dem Anwendungsbereich des Kreditwesengesetzes ..	401
3. Ergebnis	403
III. Verbot der Abtretung von Forderungen aus Bankdarlehen de lege lata	403
1. Abtretungsverbot gemäß § 134 BGB	403
a) Kein Verstoß gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot	404
b) Umgehung des Gesetzeszwecks	404
aa) Verschiebung bestehender Risiken in nicht regulierte Bereiche als Verstoß gegen den aufsichtsrechtlichen Funktionsschutz	406
(1) Fortbestand der Kreditrisiken nach einer Darlehensveräußerung	406
(2) Aufsichtsrechtliche Erfassung sowohl originärer als auch derivativer Kreditrisiken bei Kreditinstituten	407
(3) Keine Erfassung derivativer Kreditrisiken bei Nichtinstituten	407
(4) Kritik an der Diskrepanz der Kreditdefinitionen im Lichte des aufsichtsrechtlichen Schutzzwecks	408
bb) Aushebelung der individualschützenden Vorschriften des KWG	409
(1) Reichsgericht zur Abtretung von Forderungen von öffentlichen Pfandleihern an Dritte	410

(2) Umgehung der individualschützenden Regelungen des KWG	410
(3) Abgrenzung zum Verbot der Kreditvergabe	413
cc) Zwischenergebnis	414
c) Nichtigkeitsfolge	414
aa) Erforderlichkeit zur Verwirklichung der aufsichtsrechtlichen Schutzzwecke	414
bb) Vertrauensschutz aufgrund bisheriger politischer Förderung	415
cc) Fehlen einer gesetzlichen Grundlage	417
d) Ergebnis	418
2. Abtretungsverbot wegen Änderung der Gläubigereigenschaft gemäß § 399 Hs. 1 BGB	419
3. Vertragliches Verbot der Abtretung an Nichtbanken gemäß § 399 Hs. 2 BGB	421
IV. Reform der Bankenaufsicht und Bankenregulierung de lege ferenda	422
1. Vorschläge des US-Federal Reserve System und Dodd-Frank Act 2010	423
2. Eigenmittel hinterlegung und Nachhaftung des Darlehensoriginators nach Richtlinie 2009/111/EG	423
3. Verhinderung eines Lemon Market	425
4. Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren zum Risikobegrenzungsgesetz und Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP aus dem Jahr 2009	426
5. Ansätze aus der aufsichtsrechtlichen Neubewertung des Factoring	428
6. Stellungnahme zum gesetzlichen Status quo und den bisherigen Refor- men und Vorschlägen	429
7. Eigener Vorschlag	432
a) Ansatz	432
aa) Schließung der Schutzlücke für systemische Risiken aus der Darlehensvergabe	432
bb) Reduzierung komplexer Risikogewichtung der Verbriefungs- positionen gegenüber Zweckgesellschaften	433
cc) Reduzierung der Anreize zur Darlehensveräußerung aus Grün- den der Aufsichtsarbitrage	433
dd) Schutz der Interessen der Darlehensnehmer	434
b) Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung	434
aa) Erweiterung des Aufsichts nexus um den Erwerb bestehender Darlehen	434
bb) Keine Ausnahme fälliger Forderungen	434
cc) Ausnahme von Darlehen, die von vornherein am Kapitalmarkt begeben werden können	435
c) Ergebnis	436
C. Abtretungsverbot für Darlehensforderungen als Folge einer drohenden Verletzung der Geheimhaltungspflichten	436
I. Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung	437

1. Bundesgerichtshof zur Abtretung von Honorarforderungen durch Berufsgeheimnisträger	437
2. Oberlandesgericht Frankfurt am Main zur Abtretung von Darlehensforderungen einer Privatbank	438
3. Bundesgerichtshof zur Abtretung von Darlehensforderungen einer Privatbank an eine andere Privatbank mit formularmäßiger Einwilligung ..	439
4. Bundesverfassungsgericht zur Abtretung von Darlehensforderungen einer Privatbank	440
5. Bundesgerichtshof und Oberlandesgericht Schleswig zur Abtretung von Darlehensforderungen einer Sparkasse	441
6. Zusammenfassung und Problemschwerpunkte	442
II. Vertragliches Abtretungsverbot	442
III. Inhaltsänderung der Forderung	445
IV. Gesetzliches Abtretungsverbot	446
1. Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes auf die Veräußerbarkeit von Darlehensforderungen	446
2. Gewohnheitsrechtliche Regelung eines Abtretungsverbots, § 134 BGB	447
3. Datenschutzrechtliches Abtretungsverbot, § 134 BGB i.V.m. §§ 4, 28 BDSG	448
4. Amtsgeheimnis als Abtretungshindernis, § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB	451
V. Erfordert die Gefährdung der informationellen Selbstbestimmung ein Abtretungsverbot?	455
1. Effizienz des Geheimnisschutzes durch anderweitige Prävention und Sanktion	455
2. Gefährungsgrad	457
3. Abwägung mit dem Allgemeininteresse an der Verkehrsfähigkeit von Forderungen	459
D. Schutz vor einem Wechsel des Sicherungsnehmers bei Immobiliendarlehen	459
I. Ausgangslage	459
II. Die Grundsschuld	460
1. Ausdrückliche Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses	460
2. Fehlen eines ausdrücklichen Abtretungsausschlusses	462
III. Die Sicherungsabrede	463
IV. Die Vollstreckungsunterwerfung	464
1. Abtretungsverbot für die prozessuale Vollstreckungsunterwerfung	464
2. AGB-rechtliche Unwirksamkeit im Falle der Veräußerbarkeit der Darlehen und Übertragbarkeit der Sicherheiten	465
a) Bisherige Interessenabwägung des BGH	465
b) Neubewertung unter dem Aspekt der Veräußerbarkeit und Veräußerung	467

c) Kritik des BGH, der obergerichtlichen Rspr. sowie der Lit. unter Berücksichtigung des Risikobegrenzungsgesetzes	468
3. Eintritt in den Sicherungsvertrag als Voraussetzung für die Erteilung der Rechtsnachfolgeklausel	472
4. Stellungnahme	473
a) Zu einer Unwirksamkeit wegen Summierung der Titulierung mit ihrer Veräußerbarkeit	473
b) Zu einem Abtretungsverbot für Vollstreckungsunterwerfungen	476
c) Zu der Auslegung des BGH	476
d) Ergebnis	477
V. Zusammenfassung	477
E. Wirksamkeit der Darlehensübertragungen aufgrund von Abspaltung und Ausgliederung	479
I. Kreditaufsichtsrechtliche Aspekte	479
II. Übertragungsverbote und Genehmigungsvorbehalte bezüglich des Rechtsübergangs	479
1. Beschränkung auf ausdrücklich vereinbarte Abtretungsverbote	479
2. Regelungsinhalt des § 132 UmwG a. F.	480
3. Die Abschaffung des § 132 UmwG a. F. und ihre Folgen	482
4. Reduktion der Umwandlungsfreiheit aufgrund fehlenden Umwandlungsprivilegs bei Portfoliotransaktionen	484
III. Zustimmungserfordernis zum Pflichten- und Vertragsübergang	485
1. Zivilrechtliche Grundsätze zur Wahrung der Interessen der Gläubiger und Vertragspartner	485
2. Zurücktreten von Zustimmungs- und Widerspruchsrechten Dritter hinter den Umsetzungsanspruch des Umwandlungsrechts	486
3. Auswirkungen eines fehlenden Umwandlungsprivilegs bei Darlehenstransaktionen auf die bisherige Bewertung	488
4. Stellungnahme und Ergebnis	489
F. Ökonomische Erwägungen	491
I. Der ökonomisch „richtige“ Umgang mit externen Effekten	491
II. Systemschutz	493
III. Individualschutz	495
IV. Folgerungen	496

7. Kapitel

Rechte des Darlehensnehmers aus der Verletzung der Geheimhaltungspflichten	497
A. Unterlassungsanspruch	497
B. Schadensersatzanspruch	498

I.	Rechtsgrundlagen der Ersatzpflicht	498
1.	Das Bankgeheimnis	498
2.	Das Amtsgeheimnis	498
3.	Der Datenschutz	499
II.	Ersatzfähiger Schaden	499
1.	Vorherrschende Ansicht: Kein ersatzfähiger Schaden bei Darlehensver- äußerungen	499
2.	Kenntnis des Zessionars von den Daten des Darlehensnehmers als un- mittelbarer Schaden	500
3.	Durchsetzbarkeit und Durchsetzung der Darlehensforderung durch Dritte als mittelbarer Schaden	501
a)	Ausgangspunkt	501
b)	Schutzbereich des Bankgeheimnisses	501
c)	Möglichkeit der Durchsetzung durch die Bank als unbeachtliche Reserveursache	503
d)	Zwischenergebnis	504
III.	Ausgleich des unmittelbaren Schadens in Gestalt der Schuldnerdaten in Händen Dritter	504
1.	Hinwirkung auf Löschung und Rücksendung der Daten	504
2.	Auswirkung auf den Schuldendienst und Wirkung gegenüber dem For- derungserwerber	505
a)	Einwand des Rechtsmissbrauchs wegen rechtswidriger Erlangung der Daten, § 242 BGB	506
aa)	Bankgeheimnis und Amtsgeheimnis	506
bb)	Besonderheiten des Datenschutzrechts	507
b)	Zurückbehaltungsrecht an den Darlehensraten mit Wirkung gegen- über dem Erwerber, §§ 273, 404 BGB	507
c)	Folgen für die Abtretung von Darlehensforderungen	510
3.	Entschädigung in Geld?	511
a)	Grenzen der Restitution	511
b)	Fehlendes vertragliches Äquivalent für die Geheimhaltungspflicht ..	512
c)	Grenzen der Kompensation	513
d)	Prävention, Genugtuung und Sanktion	513
e)	Kommerzialisierung der Schuldnerdaten	516
aa)	Vermögenswerte Interessen als Inhalt der Geheimhaltungs- rechte – Property-Rights-Ansatz	516
bb)	Implizite Kommerzialisierung der Schuldnerdaten durch die Bank und den Forderungsinvestor	517
cc)	Wrotham-Park-Ansatz bei der Verletzung von Geheimhaltungs- pflichten – die Entscheidung Pell Frischmann	519
dd)	Höhe einer fiktiven Lizenzgebühr bzw. Preis einer hypothe- tischen Einwilligung	521

f) Mindestersatz mit Lenkungsfunktion	523
IV. Ausgleich des mittelbaren Schadens in Gestalt der Forderungsdurchsetzbarkeit durch Dritte	523
1. Freistellungsanspruch	523
a) Anspruchsinhalt	523
b) Keine vollständige Befreiung von der Darlehensforderung	524
c) Durchführung der Freistellung ohne Verlust der Forderung	525
d) Zwischenergebnis	527
2. Erstattungsanspruch	527
a) Grundsatz: Umwandlung des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch	527
b) Kein Ersatz des Integritätsinteresses	528
c) Kein Wertersatz	529
d) Ergebnis	531
C. Sonderkündigungsrecht	531
I. Normative Grundlagen	531
II. Meinungsstand	532
III. Verletzung der Geheimhaltungspflichten im Kreditgeschäft als schwerer Vertrauensbruch	534
IV. Scheinbare Nachteile eines Sonderkündigungsrechts	535
D. Besonderheiten bei Abspaltung und Ausgliederung	537

8. Kapitel

Wahrung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung und des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses	539
A. Determinanten des Kreditzinses	540
I. Betriebswirtschaftliche Grundlagen der Risikoadjustierung mit Blick auf das versicherungstechnische Äquivalenzprinzip	541
II. Systemimmanente Grenzen laufender Zinsanpassungen an Bonitätsveränderungen	543
III. Durchsetzung des Symmetrieprinzips und des Transparenzgebots	545
IV. Solidargedanke und Gleichberechtigung	547
V. Drohende Überschuldung des Darlehensnehmers	549
VI. Kompromiss zwischen Kollektivierung und Individualisierung	550
B. Die Veräußerbarkeit als Konditionenbestandteil des Darlehens	550
I. Vorgaben der Hinweispflicht nach Art. 247 § 9 Abs. 1 S. 2 EGBGB	551
1. Fall 1: Erteilung des Hinweises	551
2. Fall 2: Vereinbarung eines Abtretungs- und Übertragungsausschlusses ..	552
3. Fall 3: Untätigkeit	552

II. Folgen einer Verletzung der Hinweispflicht	554
1. Schadensersatzanspruch	554
a) Restitution im Wege der Freistellung	554
b) Anpassung der im Zins enthaltenen Liquiditätsprämie	555
c) Vertragsauflösung	555
2. Sonderkündigungsrecht	556
III. Besonderheiten bei Abspaltung und Ausgliederung	556
1. Schuldrechtliche Wirkungen von Abtretungs- und Übertragungsverboten	557
2. Verletzung der Hinweispflicht als Verletzung der negativen Abschlussfreiheit	557
C. Unzulässigkeit bonitätsabhängiger Zinsänderungsklauseln bei Summierung mit Veräußerbarkeit der Darlehen	558
I. Der Kreditausfall als das mit dem Risikozuschlag und der Risikoprämie „versicherte“ Risiko	558
II. Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses aufgrund Veränderung der Risikostruktur des Gläubigers	560
1. Unterscheidung der Risikosphären und der Kontrollfähigkeit nach Art der Zinsvereinbarung	560
2. Änderung der Gewinnspanne aufgrund veränderter Kostenstruktur	560
3. Kautelarjuristische Maßnahmen zur Vermeidung der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit	561
D. Instrumente des Darlehensnehmers zur Verhinderung des Gläubigerwechsels und des Datenflusses	561
I. Überblick	562
1. Widerspruchsrecht	562
2. Sonderkündigungsrecht	563
3. Vorkaufsrecht	564
II. Bevorzugte Lösung unter Sachgesichtspunkten	564
1. Diskussion im Gesetzgebungsverfahren zum Risikobegrenzungs-gesetz .	564
2. Stellungnahme	567
III. Normative Herleitung eines darlehensrechtlichen Vorkaufsrechts aus einer Analogie zum Wohnraummietrecht	570
1. Normzweck der § 577 i.V.m. §§ 463 ff. BGB	570
2. Planwidrige Regelungslücke	571
3. Vergleichbare Interessenlage mit dem Wohnraummietrecht	572
4. Übertragbarkeit der Rechtsfolgen des § 577 BGB auf einen Darlehensverkauf	574
IV. Folgeprobleme	574
1. Vorkauf bei mehreren Verkäufen	574
2. Differenzierende Kaufpreisabrede im Hinblick auf die Vorfälligkeitsentschädigung	576

3. Sicherheitsleistung zugunsten des Verkaufsverpflichteten	577
4. Geltung in Abspaltung und Ausgliederung	578
V. Reformvorschlag	579

9. Kapitel

Formularmäßige Regelung der Darlehensveräußerung	580
A. Hinweis auf Veräußerbarkeit nach Art. 247 § 9 Abs. 1 S. 2 EGBGB	580
B. Befreiung vom Bankgeheimnis und den übrigen Geheimhaltungspflichten	580
I. Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle	582
II. Schutz vor dem Überraschungsmoment, § 305 c BGB	583
III. Unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	583
1. Berücksichtigung der Interessen des Partners bei anfänglichen Pauschaleinwilligungen	584
a) Keine Ausnutzung eines strukturellen Ungleichgewichts aufgrund der Wahlmöglichkeit	584
b) Einzeleinwilligungen vor Darlehensveräußerung keine Alternative zu Pauschaleinwilligungen	586
2. Angemessener Ausgleich für die Datenweitergabe	587
a) Zinsvorteile ohne Einfluss auf das Abwägungsergebnis	587
b) Widerrufsrecht – partieller Opt-out	589
aa) Verfassungsrechtliche Garantien im Widerstreit mit dem Ver- trauen auf den Bestand der Einwilligung	589
bb) These von der entgeltlichen Lizenzierung der Schuldnerdaten ..	590
cc) Interessenausgleich	590
dd) Zwischenergebnis	591
c) Vorkaufsrecht	592
d) Beschränkungen und Verschwiegenheitsverpflichtung des Empfän- gers	593
3. Zwischenergebnis	593
IV. Schutz vor Intransparenz, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	594
1. Grundsatz: „informed consent“	594
2. Beschränkte Möglichkeit zur Konkretisierung der Datenempfänger bei Vertragsschluss	594
3. Angemessener Ausgleich durch alternatives Informationskonzept	595
V. Äußere Gestaltung	596
C. Explizitmachung der Rechte des Darlehensnehmers	596
Fazit	597

Anhang A: Vorschlag für die Einbeziehung des gewerbsmäßigen Erwerbs von Darlehen oder Darlehensforderungen in die Bankgeschäfte des KWG	611
Anhang B: Vorschlag für eine Anpassung des Informationskonzeptes des § 496 Abs. 2 BGB sowie die Aufnahme eines Vorkaufsrechts	612
Anhang C: Vorschlag für eine Änderung der AGB-Banken	614
Anhang D: Vorschlag für eine formularmäßige Regelung der Veräußerbarkeit eines Immobiliendarlehensvertrags	615
Literaturverzeichnis	618
Sachverzeichnis	664